

COMPUTERBESLUITEN BIJ DE OVERHEID; RECHT EN REKENEN

Marlies van Eck*



B.M.A. van Eck
Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming

Diss. Tilburg 2018, in eigen beheer uitgegeven en digitaal open access beschikbaar via: https://pure.uvt.nl/portal/files/20399771/Van_Eck_Geautomatiseerde_ketenbesluiten.pdf

Op 9 februari 2018 promoveerde Marlies van Eck aan Tilburg University op haar proefschrift *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming*. Promotores waren prof.mr.dr. S. Zouridis en prof.mr. B.W.N. de Waard.

1 Inleiding

In de NRC van juni 2018 verscheen een artikel dat de huidige staat van de geautomatiseerde overheid treffend illustreert. 'Computer zegt nee. Hoe Saskia twintig jaar vastliep in het systeem'.¹ In dit stuk zien we een overheid die worstelt met technologie en de verhouding tussen ambtenaar en machine, ten koste van een burger. Het artikel gaat over een vrouw van wie de auto was gestolen maar die administratief altijd op haar naam is blijven staan. Doordat het kenteken in het kentekenregister van de Dienst Wegverkeer (RDW) aan haar bleef verbonden, ontving zij ook veel post van andere overheidsorganisaties, bijvoorbeeld computerbesluiten van de Belastingdienst over de wegenbelasting die zij moest betalen en de computerboetes van de RDW voor het laten verlopen van de APK-keuring van de auto. Ze kwam in grote financiële problemen doordat de brieven niet stopten en de schulden bij de overheid bleven oplopen. Uiteindelijk haalt de RDW de auto van haar naam. Dat lijkt goed nieuws, maar de RDW maakt

het verleden niet ongedaan. Men weigert de auto met terugwerkende kracht los te koppelen van haar naam. Het argument is 'de zuiverheid van het systeem'.²

Mijn promotieonderzoek *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* gaat over het gebruik van kunstmatige intelligentie (*artificial intelligence*, hierna AI) door de overheid. Dit zijn expertsystemen die besluiten nemen. De overheid werkt ook met nieuwerwetse big-data-toepassingen. Door risico-gericht te werken worden aan de hand van voorbeelden uit het verleden, apparaten, wegen, dijken en burgers in categorieën verdeeld.³ Anders dan expertsystemen werken deze big-data-toepassingen op basis van voorspellingen.⁴

Mijn promotieonderzoek *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* gaat over het gebruik van kunstmatige intelligentie door de overheid

Dit artikel gaat over computerprogramma's die taken verrichten op basis van instructies die mensen (experts) hebben bedacht en die worden geschreven in computercode. In dit artikel zal ik de volgende onderzoeksvragen beantwoorden: wat maakt dat een computerbesluit intrinsiek verschilt van een besluit door een mens genomen? Tot welke problemen kan dit leiden in het kader van de rechtsbescherming voor burgers? Daarna zal ik ingaan op het fenomeen dat hiermee verband houdt; het verspreiden van informatie via computers naar andere bestuursorganen van de overheid. De vervolgvraag hierbij is: waardoor komen sommige burgers juist in de problemen als de overheid gaat samenwerken in informatiseringsketens? Ik sluit af met een verkenning van de juridische mogelijkheden om de rechtsbescherming voor burgers aan te passen aan deze nieuwe werkelijkheid.

* Mr.dr. B.M.A. van Eck is als universitair docent verbonden aan eLaw instituut van Universiteit Leiden en zelfstandig adviseur Artificial Intelligence en recht. Zij dankt mr.dr. Marga Groothuis voor haar opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel. De titel van dit artikel is geïnspireerd op de titel (*Un)berekenbaar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft*, van een bundel die via internet openbaar toegankelijk is, samengesteld door Resa Mohabbat Kar, Basanta Thapa, en Peter Parycek, Kompetenzzentrum Öffentliche IT, 2018.

1 'Computer zegt nee. Hoe Saskia twintig jaar vastliep in het systeem', NRC 1 juni 2018, online beschikbaar via: www.nrc.nl/nieuws/2018/06/01/die-auto-staat-wel-op-uw-naam-goeiedag-a1605121 (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

2 Zie ook de zaak *Romet*: EHRM 14 februari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW2721, *EHRM* 2012/87, m.nt. M.M. Groothuis (*Romet/Nederland*).

3 'U gaat frauderen. Dat zegt de computer', NRC 11 mei 2018, online beschikbaar via: www.nrc.nl/nieuws/2018/05/11/u-gaat-frauderan-dat-zegt-de-computer-a1602684 (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

4 Zie voor meer informatie H. Prakken, 'Komt de robotrechter er aan?', *NJB* 2018/207, p. 269-275.

2 Verschil tussen juridische intelligentie en de beslisregels (algoritmen) voor de computer

Juridische intelligentie kent haar eigen logica. Zonder te diep in te gaan op de door juristen gehanteerde redeneringen om vragen te beantwoorden is ten eerste van belang dat het juridisch redeneren een hermeneutisch proces is. Deze kwalificatie, door Hirsch Ballin in 1985 gebruikt ter illustratie van het verschil tussen AI en juridische intelligentie, vraagt om een heen-en-weer-gaande redenering tussen dat wat wordt uitgelegd enerzijds, en de uitleg anderzijds.⁵

Daar komt bij dat de taal in juridische bronnen, zoals een wet, vaak bewust vaag of open wordt gehouden ter behoud van flexibiliteit voor de uitvoering en om ontwikkeling mogelijk te maken bij gewijzigde maatschappelijke ontwikkelingen. Volgens Schartum vertrouwen wetgevingsjuristen hier ook op als zij een wet schrijven. Zij geven geen antwoord op elk mogelijke vraag die zich voor kan doen bij de interpretatie van wetgeving, maar vertrouwen op de context van de regels en degenen die deze regels gaan uitvoeren.⁶

Het toepassen van het recht stolt (en de ontwikkeling stopt) zodra dit is vastgelegd in de computercode

Het overdragen van taken aan de computer, zoals het nemen van een juridische beslissing als 'heeft X recht op een uitkering?' vereist daarentegen een nauwkeurige instructie. Elke stap moet van tevoren worden bedacht en er moeten eerst zeer gedetailleerde beslisbomen geschreven worden opdat de computer aan de slag kan. De instructies worden beslisregels of algoritmes genoemd. Doordat de programmeur deze vervolgens in de taal van de computer vertaalt, de computercode, liggen de instructies (zijnde de vertaling van de programmeur in computercode) vast. Pas door een expliciete wijziging kan de computer zich aanpassen aan een gewijzigde opvatting, jurisprudentie of een wetswijziging. Dit betekent dat het toepassen van het recht stolt (en de ontwikkeling stopt) zodra dit is vastgelegd in de computercode.

Taal, het instrument van de jurist, is bovendien contextafhankelijk en vraagt daarom minder precisering als alle gebruikers de context kennen. Denk bijvoorbeeld aan deze zin die voor juristen goed te begrijpen zal zijn: 'Het kan voorkomen dat u moet voorkomen maar dat moet u zien te voorkomen.'

Vrijwel diametraal aan deze talige werkwijze staat de werkwijze van de computer. Een computer rekt of ordent, denk aan het Franse woord voor computer 'ordinateur'.⁷ De computer werkt met digitale informatie. Het woord 'digitus' betekent vinger (waarmee je kunt tellen), het woord 'digit' werd eind 14e eeuw gebruikt voor een nummer onder de 10 en in de jaren 30 van de vorige eeuw werd het woord 'digital' gemunt voor het gebruiken van 'numerical digits'.⁸ We gebruiken het woord digitalisering inmiddels zo vaak dat we niet meer doorhebben waar het om gaat. Ook hiervoor is Frans een geschikte bron; zo wordt de 'digitale

mens' in het Frans 'l'homme numérique'. Kortom; digitale informatie over mensen houdt in dat de mensen nummers worden. Een computer werkt dus met nummers en vergelijkt deze met wiskundige formules; de algoritmes. Dit zijn beslisschema's die eruitzien als 'Als X dan Y' of ' $X + Y - Z = B$ '.⁹

Uiteraard is het verschil tussen de computer en de jurist niet zo zwart-wit als hier geschetst. Ook het recht kent standaardisaties en sommige wetteksten zijn digitaal (binair of zwart-wit) geformuleerd. Denk aan formuleringen als in artikel 8 van de Wet op de huurtoeslag: een huurtoeslag wordt slechts toegekend aan een huurder die meerderjarig is. En ook het werken met meetbare indicatoren (parametrisering) dat nodig is om de computer besluiten te laten nemen is bekend in het recht. Zie bijvoorbeeld artikel 19, tweede lid, van de Wet op de huurtoeslag voor de berekening van de normhuur

⁹Voor elk rekeninkomen boven het minimum-inkomenspunt is, per type huishouden als bedoeld in artikel 2, de hoogte van de normhuur de uitkomst van de formule:

$$(a \times Y^2) + (b \times Y)$$

in welke formule voorstelt:

a en b: de factoren, vast te stellen bij ministeriële regeling, die, per type huishouden, worden afgeleid uit de lineaire relatie tussen de bij het minimum-inkomenspunt behorende normhuurquote en de bij het referentie-inkomenspunt behorende normhuurquote; Y: het rekeninkomen).

Hoewel de redenering van de computer dus niet in alle opzichten verschilt van een juridische redenering, staat wel vast dat een computerredenering fundamenteel andere kenmerken heeft. In de woorden van Dietz moeten we niet in de antropomorfe valkuil trappen dat artefacten zoals computerapplicaties, robots, AI-producten beslissingen kunnen nemen. 'Zij kunnen alleen rekenen, punt uit'.¹⁰

In plaats van te spreken van beslissen, door Dietz een exclusieve menselijke (sociale) kwaliteit genoemd, zijn computerbesluiten het resultaat van 'effectieve procedure'.¹¹ Dit is verschrikkelijk knap, maar geen wondermiddel. De computerwetenschapper Weizenbaum ondervond in zijn tijd al (de jaren 70) zoveel blind vertrouwen in computers dat hij zijn carrière een andere wending gaf.¹² In plaats van het verder ontwikkelen van computerprogramma's besloot hij zijn kennis in te zetten om uit te leggen wat computers kunnen en wat niet. Hij stelde zijn verdere leven in het teken van het verantwoord ontwikkelen en gebruiken van AI. De tijden zijn veranderd, maar toch ook weer niet zo veel. Niet voor niets streeft de computerwetenschapper van onze tijd, Demis Hassabis, naar het ontwikkelen van wat hij noemt *Artificial General Intelligence*. Volgens hem kan de AI van nu zich alleen op een specifieke taak richten in een bepaalde besloten omgeving. Hassabis en zijn team zijn verantwoordelijk voor AlphaGo. AlphaGo is een computerprogramma dat geleerd heeft het Aziatische bordspel Go te spelen. Om dat te bereiken zijn duizenden spelsituaties aan het programma gepresenteerd zodat het programma aan de hand daarvan zelf kon berekenen hoe het spel gespeeld moest worden om te kunnen winnen. Dit programma is erin geslaagd de wereldkampioen Go te verslaan,¹³ iets wat u en ik ongetwijfeld niet kunnen, maar daar staat volgens Hassabis tegenover dat Go een spel is en daarmee andere intelligentie vraagt dan 'human-level general

5 E.M.H. Hirsch Ballin, 'De invloed van automatisering op het juridische werk', in: E.M.H. Hirsch Ballin & J.A. Kamphuis (red.), *Trias Automatica, Automatisering in wetgeving, bestuur en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 1985, p. 31.

6 D.W. Schartum, *Legal definitions and semantic interoperability in electronic government*, Oslo: UiO 2013.

7 IBM had professor Jacques Perret gevraagd na te denken over een geschikte naam. Naar het schijnt had Perret zelf een voorkeur voor de vrouwelijke vorm; 'ordinatrice'. A. Chauvet, *20 minutes* 16 april 2015, online beschikbaar via: www.20minutes.fr/societe/1588331-20150416-mot-ordinateur-60-ans (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

8 Zie *Online Etymology Dictionary* over 'digital' en 'digit' via: www.etymonline.com/word/digit?ref=etymonline_crossreference (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

9 B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018, p. 68.

10 Dietz (emeritus hoogleraar informatica TU Delft), 7 september 2018 in *comments* op website Binnenlands Bestuur online beschikbaar via www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/raad-van-state-bezorgd-over-gevolgen.9595884.lynx (laatst geraadpleegd op 18 september 2018).

11 J. Weizenbaum, *Computer Power and Human Reason. From Judgement to Calculation*, San Francisco: W.H. Freeman and Company 1976, p. 70.

12 'Professor Joseph Weizenbaum: creator of the "Eliza" program', *Independent*, Obituary 18 maart 2008, online beschikbaar via: www.independent.co.uk/news/obituaries/professor-joseph-weizenbaum-creator-of-the-eliza-program-797162.html (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

13 De wedstrijd tussen wereldkampioen Ke Jie en AlphaGo is gedocumenteerd in de Netflix documentaire 'AlphaGo'.

intelligence' waar mensen over beschikken.¹⁴ Net als in de jaren van Weizenbaum is het geloof en vertrouwen van niet-deskundigen in AI en algoritmes echter onverminderd groot.¹⁵

3 De inzet van computers door de overheid voor het nemen van individuele besluiten

Dat een computer juridische beslissingen neemt lijkt om bovengenoemde redenen moeilijk voorstelbaar. Maar dit is wel de praktijk. De uitvoering in het openbaar bestuur van Nederland is steeds meer in 'handen' van computers en informatieketens. Het zijn computers die bepalen of iemand recht heeft op een uitkering, belasting moet betalen en om welk het bedrag het dan gaat. Informatietechnologie maakt het mogelijk dat computers in plaats van ambtenaren besluiten in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) nemen. Sterker, onze huidige economie draait op computerbesluiten als het gaat om de herverdeling van middelen door de Staat. Door geautomatiseerd loonbelasting en premies te innen en geautomatiseerd de aanslag inkomstenbelasting vast te stellen is het mogelijk om geautomatiseerd uitkeringen te verstrekken zoals kinderbijslag, werkloosheidsuitkering en toeslagen. Het werk dat verricht wordt door deze computers heeft als gemeenschappelijke kenmerken dat het gaat over geld en dat het repeterende en routinematige besluiten betreft. De rekenkracht en de snelheid waarmee deze besluiten worden genomen maakt dat de computer voor dit soort taken een logische vervanger is van de mens. Door routinematige taken uit te besteden aan het expertsysteem, kunnen de ambtenaren zich vervolgens richten op het oplossen van moeilijke gevallen. De computer doet vergelijkbare problemen uniform af, is niet gevoelig voor de persoon die een beslissing vraagt en heeft geen ochtendhumeur.¹⁶

In mijn onderzoek naar de vraag welke invloed deze nieuwe uitvoeringspraktijk heeft op de rechtsbescherming van de burger, heb ik me gericht op de praktijk. Er is namelijk een verschil tussen het recht en de wijze waarop het recht in de praktijk wordt uitgevoerd. Van Poelje noemde dit het verschil tussen recht en werkelijkheid. Van Poelje sprak van een spanning die altijd aanwezig is en ook niet zal verdwijnen; het formeel geldende recht wordt niet altijd in de juridische praktijk toegepast en de juridische praktijk is niet altijd in overeenstemming met het vastgestelde recht.¹⁷ Het meest aansprekende voorbeeld van dit onderscheid is de stiptheidsactie. Een ambtenarenapparaat dat zijn standpunt kracht wil bijzetten kan staken en dus stoppen met werken. Een even verlamdend effect wordt bereikt door een stiptheidsactie te voeren: iedereen werkt, maar precies volgens het boekje. Als alle regels worden nageleefd loopt de uitvoering volledig vast.¹⁸ Mijn doel was daarom om de praktijk te bestuderen om zo meer inzicht te krijgen in de manier waarop de overheid functioneert en of de rechtsbescherming voor burgers tegen overheidsbesluiten in de praktijk geborgd wordt.

Als onderzoeksmethode voor dit empirisch onderzoek is gekozen voor kwalitatief veldonderzoek, in het bijzonder voor het uitvoeren van een *case study*. Ten behoeve van deze onderzoeksstrategie heb ik onderzoeks vragen opgesteld die onder andere zijn gebaseerd op internationale beginselen rond het recht op *good administration* (art. 41 van het Handvest

van de Grondrechten van de Europese Unie) en het Nederlandse zorgvuldigheidsbeginsel. Dit leidde tot het verzamelen van onderzoeksdata over de uitvoering bij twee bestuursorganen. Op deze manier kon ik inzicht krijgen in de uitvoering en conclusies trekken over de centrale onderzoeksvraag namelijk 'welke invloed hebben geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang op de rechtsbescherming van burgers?'

Ik zal hierna ingaan op de bevindingen die verband houden met de specifieke kenmerken van een computerbesluit als hier beschreven ter beantwoording van de vraag tot welke problemen dit kan leiden in het kader van de rechtsbescherming voor burgers

Het grote verschil tussen beleidsregels en de instructies aan de computer diende zich al snel aan. De instructies waarom de computer aan het werk wordt gezet werden mij bijvoorbeeld niet ter beschikking gesteld omdat zij niet waren vastgelegd

Instructies aan de computer zijn niet te toetsen

Als gezegd kan de computer die door expertsystemen wordt aangestuurd niet zonder expliciete instructies. Deze instructies vormen de transformatie van de wet die moet worden uitgevoerd in code. Het invullen en concretiseren van wetten gebeurt ook wel in de vorm van beleidsregels.¹⁹ Het grote verschil tussen beleidsregels en de instructies aan de computer diende zich al snel aan. De instructies waarom de computer aan het werk wordt gezet werden mij bijvoorbeeld niet ter beschikking gesteld omdat zij niet waren vastgelegd. Als zij wel beschikbaar waren bleken deze instructies totaal ongeschikt om verantwoord onderzoek te verrichten. Een simpele vraag zoals 'zijn de computerinstructies conform de wet?' kon daarom niet beantwoord worden, laat staan mijn onderzoeksvragen zoals: 'Hoe wordt in de beleidsregels bepaald welke gevallen gelijk zijn? Is aan te geven welke categorieën aanvragers worden onderscheiden en wat het achterliggende idee daarbij is?'

Hoe teleurstellend deze uitkomst ook was, wel bleek dit een mooi voorbeeld van de weerbarstigheid van de werkelijkheid te zijn. Wetenschappelijk gezien is er sinds de jaren 80 een breed gedragen consensus over het vereiste van transparantie van beslissystemen bij de overheid. Het beslissysteem op basis waarvan de overheid besluiten neemt die een rechtsgevolg hebben (meer specifiek: besluiten in de zin van art. 1:3 Awb) moet transparant zijn.

Zo schreef Hirsch Ballin in *Trias Automatica* dat waar beslisprogramma's een vertaling bevatten van wetgeving en beleidsregels in een voor juristen ongewone vorm, dit doet vrezen voor de eisen van doorzichtigheid en controleerbaarheid.²⁰ Van Kreveld opperde daarom dat de wijze van totstandkoming en de inhoud van het besluit controleerbaar moet zijn voor burgers, de rechter en het vertegenwoordigend lichaam waaraan de betreffende bestuursinstantie verantwoording is verschuldigd. Daarom moet

14 C. Burton-Hill, 'The superhero of artificial intelligence: can this genius keep it in check?', *The Observer* 16 februari 2016, online beschikbaar via: www.theguardian.com/technology/2016/feb/16/demis-hassabis-artificial-intelligence-deepmind-alphago (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

15 R. Dijkgraaf, 'Het algoritme als ideologie', *NRC* 4 mei 2015, online beschikbaar via: www.nrc.nl/nieuws/2015/05/04/het-algoritme-als-ideologie-a1601897 (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

16 R.E. Susskind, 'Artificial Intelligence, Expert Systems and the Law: A European Appraisal', in: H.W.K. Kaspersen & A. Oskamp (red.), *Amongst Friends in Computer and Law. A collection of Essays in Remembrance of Guy Vandenbergh, Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers* 1990, p. 250.

17 S.O. van Poelje, 'Inleiding', in: F.H. van der Burg e.a., *Bestuursrecht en bestuurswerkelijkheid*, Deventer: Kluwer 1977.

18 Zie bijvoorbeeld: Marechausee dreigt met stiptheidsacties, *Het Parool* 14 augustus 2017, online beschikbaar via: www.parool.nl/amsterdam/marechausee-dreigt-met-stiptheidsacties-schiphol-a4511120/ (laatst geraadpleegd op 16 augustus 2018).

19 D.W. Scharum, 'Dirt in the Machinery of Government? Legal Challenges Connected to Computerized Case Processing in Public Administration', *International Journal of Law and Information Technology* (2) 1994, afl. 3, p. 333.

20 E.H.M. Hirsch Ballin, 'De invloed van automatisering op het juridische werk', in: Hirsch Ballin & Kamphuis 1985, p. 32.

kenbaar zijn op welke feiten het bestuursorgaan zich baseert, hoe deze worden beoordeeld en afgewogen en welke criteria men bij het nemen van het besluit heeft gehanteerd.²¹

Op basis van empirisch onderzoek concludeerde Snellen in het VAR-preadvies dat het gebruik van beslissystemen door de overheid een bedreiging vormde voor de transparantie van regelgeving en bestuur.²² Franken benoemde dan ook de eis van transparantie tot een van 'zijn' beginselen van behoorlijk IT-gebruik en stelde dat deze eis rechtstreeks voortvloeit uit het democratieprincipe (openheid en openbaarheid, participatie en inspraak) en de rechtsstaateisen (legaliteit en publieke verantwoording).²³

Zouridis concludeerde dat transparantie niet alleen een doel is in het kader van rechtszekerheid, maar ook moet worden gezien in het kader van verantwoording. Hij stelde de vraag of de huidige rechtsstaat wel bestand is tegen het gebruik van geautomatiseerde besluiten en suggereerde dat er een tegenmacht moet worden georganiseerd buiten de traditionele mogelijkheden van de burger die aanklopt bij de rechter of ombudsman. Een onafhankelijk toezichthouder die zich vanuit rechtsstatelijk perspectief buigt op de verhouding tussen wet en geautomatiseerd systeem.²⁴

Groothuis wees tot slot op de rol van de rechter om in een gerechtelijk onderzoek de wijze van totstandkoming van het besluit aan de orde te stellen. Zij stelde voor om de bepaling uit het gegevensbeschermingsrecht (art. 42 van de Wet bescherming persoonsgegevens, over het bieden van inzicht aan de betrokkene over de logica die ten grondslag ligt aan dat besluit) als transparantie-eis over te nemen in de Algemene wet bestuursrecht en stelde dat de beslisprogramma's toegankelijk diende te zijn voor de rechtzoekende burger.

De academici zijn eensgezind in de opvatting dat de overheid die gebruikmaakt van IT om tot geautomatiseerde besluiten te komen, openheid moet bieden over de werking van het systeem en daarin verwerkte interpretaties en vertalingen van wet naar code

Hoewel dus ieder zo zijn eigen wetenschappelijke redenen daarvoor heeft gegeven, zijn de academici eensgezind in de opvatting dat de overheid die gebruikmaakt van IT om tot geautomatiseerde besluiten te komen, openheid moet bieden over de werking van het systeem en daarin verwerkte interpretaties en vertalingen van wet naar code. Bovendien blijkt dat deze opvatting niet 'nieuw' is. Ook in jurisprudentie is deze opvatting terug te vinden.²⁵

Toch was de uitvoeringspraktijk allesbehalve transparant, althans niet toegankelijk of begrijpelijk. De reden hiervoor is dat het bij het omzetten van wet in code gaat om reeksen wiskundige vergelijkingen. Deze zijn niet goed te volgen voor een jurist, een burger of een rechter. Dat is ook niet hun doel. Het doel is dat ze worden begrepen door de computer.

In het licht van de rechtsbescherming van een burger is het echter essentieel dat is vast te stellen of het besluit juist en rechtmatig is. Dit maakt dat de rechtsbescherming op dit punt zwak is te noemen. De computer weet wat hij moet doen, maar de mensen die dat moeten kunnen controleren, zoals de burger of rechter, weten het niet.

Deze constatering is grote reden tot zorg. Het betekent dat de overheid niet in staat is om verantwoording af te leggen over een van zijn kerntaken, het nemen van besluiten. Als niet valt vast te stellen hoe de wet wordt geïnterpreteerd door het bestuursorgaan, kan zeker geen inhoudelijk onderzoek verricht worden naar de daarbij in aanmerking te nemen normen zoals bedoeld was in dit onderzoek naar rechtsbescherming. Het wordt nog vervelender als we de visie van de Noorse wetenschappers Bing²⁶ en Scharthum²⁷ in ogenschouw nemen. Volgens hen gaat het bij programmeren altijd om *juridische* beslissingen; de ontwerper beslist hoe de wet voortaan wordt toegepast. Juist deze beslissingen zijn dus niet te onderzoeken.

Dit leidde tot de conclusie dat de rechtsbescherming voor burgers tegen geautomatiseerde besluiten onvoldoende is, want de burger kan niet weten hoe het systeem is gekomen tot zijn beslissing en ook de rechter kan niet toetsen of het besluit rechtmatig is.

De rechtsbescherming voor burgers tegen geautomatiseerde besluiten is onvoldoende, want de burger kan niet weten hoe het systeem is gekomen tot zijn beslissing en ook de rechter kan niet toetsen of het besluit rechtmatig is.

Uitvoering door computer vereist een vertrouwen in het vastleggen van de werkelijkheid in databases
Een ander belangrijk gevolg van het werken met een computer is dat het redeneermechanisme gevuld moet worden met variabelen. Om dit geautomatiseerd te laten plaatsvinden zal gezocht worden naar variabelen die al ergens zijn vastgelegd, het liefst als data in een database. Dit betekent dat ook wetgeving hieraan wordt aangepast; door te werken met administratieve ficties wordt de uitvoering vergemakkelijkt. In de wet kan bijvoorbeeld staan dat het van belang is waar iemand feitelijk woont, maar het is veel eenvoudiger voor de uitvoering als wordt aangenomen dat iemand woont op het adres waarop hij staat ingeschreven in de Basisregistratie Personen.²⁸

Dit geldt ook voor de ingewikkelde vraag of twee mensen elkaars partner zijn. Om te voorkomen dat dit een eindeloze exercitie wordt, kiest de wetgever dan voor ficties. Liefst een fictie die als gegeven is weergegeven in een database. Zie bijvoorbeeld artikel 3 van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen waarin is bepaald dat iemand een toeslagpartner is als twee volwassenen (a) op hetzelfde adres staan ingeschreven in de Basisregistratie Personen en (b) een geformaliseerde partnerrelatie hebben of samen een (biologisch of erkend) kind hebben.²⁹ Maar er

21 J.H. van Kreveld, 'Computerbeschikkingen en rechtsstaateisen', in: Hirsch Ballin & Kamphuis 1985, p. 97.

22 I.Th.M. Snellen, 'Het automatiseren van beschikkingen bestuurskundig beschouwd', in: H. Franken e.a., *Beschikkingen en automatiseren* (preadviezen VAR, VAR-reeks 110), Alphen aan de Rijn: Samsom HD Tjeenk Willink 1993, p. 83.

23 H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen' in: H. Franken e.a. 1993, p. 22.

24 S. Zouridis, *Digitale disciplining. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen* (diss. Tilburg), Delft: Eburon 2000, p. 317.

25 Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State 17 mei 2017, ECLI: NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en 14.4, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck en Hoge Raad (belastingkamer), 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, r.o. 2.3.3.

26 J. Bing, 'Computer assisted systems for public administration: impact on legal decision processes' (Article for Conference on 'New technologies in public administration: socio-economic aspects from an interdisciplinary viewpoint' 13-15 november 1987), Zagreb, International Social Science Council, p. 7.

27 Scharthum 1994, p. 343.

28 Van Eck 2018, p. 248.

29 H.P. Hermans, 'De wonderse wereld van toeslagen', *JB-Plus* 2018, afl. 1.

ontstaan problemen voor de aanvrager van de toeslag als er een scheiding op handen is. Als dan een van beiden het huis al heeft verlaten maar nog geen permanente oplossing heeft gevonden, blijft men elkaars toeslagpartner. Ook als de voormalig partner wel weg is, maar zich niet bij de gemeente heeft laten 'uitschrijven', blijft de ex de toeslagpartner.³⁰

Als de computer vervolgens het besluit neemt conform de wet, is er voor een individuele burger vaak geen ruimte om een beroep te doen op een onredelijke uitkomst door het gebruik van deze fictie. De nadelige gevolgen voor deze keuzes zijn soms zo groot dat deze niet in verhouding staan tot de doelen van de wet waarop het besluit is gebaseerd. Hierdoor is de rechtsbescherming van burgers verzwakt. Een gang naar de bestuursrechter voegt dan immers weinig toe. Ook de rechter moet zich bij het toetsen van het besluit aan de wet houden.³¹ Vaak is een beroep op internationaal recht zoals het discriminatieverbod van artikel 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en/of artikel 8 van dat verdrag (recht op respect voor het familie- en gezinsleven).³²

Doordat de instructies aan de computer niet inhoudelijk te toetsen zijn en doordat de computer moet werken met een gestandaardiseerde weergave van de feiten vastgelegd in databases, is de rechtsbescherming voor burgers verslechterd bij computerbesluiten van de overheid.

Het is een ingewikkeld samenspel, dat door die complexiteit een grote zwakke plek heeft die juist voor burgers erg nadelig uitpakt. Want als er iets fout gaat, dan gaat het heel erg fout

4 Het samenwerken van bestuursorganen in informatiseringsketens

Vervolgens staat het werken met ketens centraal. Het gebruik van ICT leidt immers tot verspreiding daarvan, ook buiten het bestuursorgaan zelf.³³ Een bekend voorbeeld daarvan zijn de 'ketens'. Een keten heb ik voor mijn onderzoek als volgt gedefinieerd. Een keten is een samenwerking tussen bestuursorganen waarin zij voor het nemen van Awb-besluiten geautomatiseerd gegevens over burgers ontvangen of verstrekken, daarvoor onderling van elkaar afhankelijk zijn, terwijl zij uiteenlopende doelen willen bereiken en er geen sprake is van een hiërarchische verhouding. Er zijn ontelbare ketens in Nederland.³⁴

Zo'n keten waardoor ook u wordt 'bestuurd' is bijvoorbeeld de loonaangifteketen. Een keten waarin werkgevers, de Belastingdienst, Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) en veel andere bestuursorganen samenwerken om geld te verdelen en gegevens over loon te delen.³⁵ Uw werkgever of uitkeringsinstantie houdt uw loon en premies in en betaalt dit aan de Belastingdienst. Uw gegevens worden door het UWV aan u als individu gekoppeld waarna afnemers, zoals de Belastingdienst weer gebruik maken van dit gegeven om de aanslag inkomstenbelasting voor te bereiden. Als de aanslag

(doorgaans volledig geautomatiseerd) is vastgesteld komt uw inkomensgegevens in de Basisregistratie Inkomen waarna weer andere bestuursorganen op basis van het inkomen besluiten nemen (denk aan Belastingdienst/Toeslagen voor de kinderopvang-toeslag).

Het is een ingewikkeld samenspel, dat door die complexiteit een grote zwakke plek heeft die juist voor burgers erg nadelig uitpakt. Want als er iets fout gaat, dan gaat het heel erg fout. Dit heeft te maken met de snelle en brede verspreiding van de gegevens, ook als deze fout zijn. Een ander groot nadeel is dat de ICT-systemen vaak problemen hebben met het toekennen van terugwerkende kracht. Er zijn veel systemen die niet geïnstrueerd zijn om, zoals juristen kunnen, iets te vernietigen en te doen alsof het niet heeft bestaan. En als dit wel is voorzien, is terughoudendheid waar te nemen omdat men de uitwerking vreest van zo'n wijziging op de stabiliteit van de ICT in de bestuursorganen verderop in de keten.

Uit mijn onderzoek blijkt dat de rechtsbescherming van de burger is verzwakt door het gebruik van ketens. Dit wordt onder andere veroorzaakt door de cumulatie van besluiten. Een afwijzing van een aanvraag bij een bestuursorgaan leidt automatisch tot een afwijzing van een aanvraag bij een ander bestuursorgaan. In bijzondere gevallen kan dit leiden tot onevenredige uitkomsten. Een ander probleem is dat in een keten geen enkel bestuursorgaan de 'baas' is. Ieder bestuursorgaan draagt verantwoordelijkheid voor zijn deeltje, maar vaak is er geen bestuursorgaan aan te wijzen dat verantwoordelijk is voor het geheel. Het is dan aan de burger om zich te verbinden tot het bevoegde bestuursorgaan en het is niet altijd direct helder, ook niet voor de overheid zelf, welk bestuursorgaan dat is. Tot slot is het niet toekennen van terugwerkende kracht aan een wijziging van een onjuist gegeven een zeer belangrijke factor. Essentieel voor rechtsbescherming is immers de juridische flexibiliteit van het kunnen herstellen van een fout, hetzij door correctie hetzij door vernietiging van een besluit. Als dit niet geborgd is in de ICT, zoals nu vaak het geval is, krijgt de burger geen volledige rechtsbescherming.³⁶

Uit mijn onderzoek blijkt dat de rechtsbescherming van de burger is verzwakt door het gebruik van ketens. Dit wordt onder andere veroorzaakt door de cumulatie van besluiten

5 Het terugveroveren van de rechtsbescherming

De overheid maakt al jaren gebruik van AI voor het nemen van besluiten. Op deze manier worden repeterende, routinematige besluiten overgedragen aan de rekenkracht en snelheid van computers. Maar zoals de Wet van Kranzberg ons al leert: technologie is niet goed of slecht, maar ook niet neutraal.³⁷ Bovendien verandert de inzet van technologie de uitvoeringspraktijk op diverse manieren.³⁸ Bovenstaande laat zien dat, bedoeld of onbedoeld, de geautomatiseerde uitvoering door de overheid

30 H.P. Hermans 2018 onder 5.2.

31 Van Eck 2018, p. 423.

32 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 februari 2013, ECLI: NL:RVS:2013:BZ1256, AB 2013/125, m.nt. A.E.M. Leijten (ik was destijds als ambtenaar bij Belastingdienst/Toeslagen betrokken bij deze rechtszaak) en EHRM 14 februari 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW2721, EHRC 2012/87, m.nt. M.M. Groothuis (*Romet/Nederland*).

33 A. Zuurmond, *De infocratie. Een theoretische en empirische heroriëntatie op Weber's ideaaltipe in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Den Haag: Phaedrus 1994, p. 51.

34 Zie ook het rapport van de Wetenschappelijke raad voor overheidsbeleid, iOverheid 2011.

35 www.loonaangifteketen.nl.

36 Daarom zullen de antwoorden op de Kamervragen over de zaak 'Saskia' belangrijk worden. Zie vragen van leden Alkaya en Jasper van Dijk (beiden SP) aan de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over het bericht 'Computer zegt nee. Hoe Saskia twintig jaar vastliep in het systeem' (ingezonden 5 juni 2018), *Kamerstukken II* 2017/18, Aangangsel der Handelingen, 3080. Uitstelbericht van de regering, staatssecretaris van BZK, ontvangen 4 september 2018.

37 M. Kranzberg, 'Technology and History: "Kranzberg's Laws"', in *Technology and Culture* (27) 1986, afl. 3, p. 544-560.

38 S. Zouridis, *Digitale disciplining. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen* (diss. Tilburg), Delft: Eburon 2000.

39 Van Eck 2018, p. 428.

40 Zie ook de uitspraak van ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:1259, r.o.14.3 en 14.4, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck.

41 Antwoord van Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, *Kamerstukken II* 2017/18, Aanhangsel der Handelingen, 1612 op vragen van de leden Middendorp en Koopmans (beiden VVD) aan de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming over de berichtgeving over het proefschrift van Marlies van Eck van de Tilburg University (ingezonden 13 februari 2018).

42 Advies Raad van State betreffende digitalisering, met een Nader Rapport door de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Koning en de beide Kamers van de Staten-Generaal aangeboden, *Stcrt.* 6 september 2018, 5099.

43 *Kamerstukken I*, 2017/18, 34993, 2 (herdruk).

negatieve gevolgen heeft voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van de burger. Specifiek voor de hierboven genoemde aspecten heb ik een aantal juridische oplossingsrichtingen voorgesteld om de rechtsbescherming weer terug te veroveren. Ten eerste stel ik voor dat in een geautomatiseerde uitvoering een beginsel van individuele rechtvaardigheid of een algemene hardheidsclausule wordt ingevoerd. Dit stelt de overheid en de rechter in staat om bij onevenredige gevolgen voor iemand in een bijzondere situatie, te opereren als een mens. Er wordt dan ruimte gecreëerd om weer te besluiten 'in de geest van de wet' in plaats van de 'regel-is-regel'-toepassing die de computer goed kan.³⁹

Ik heb een aantal juridische oplossingsrichtingen voorgesteld om de rechtsbescherming weer terug te veroveren

Daarnaast is het essentieel dat de beslisregels openbaar en toegankelijk, dat wil zeggen leesbaar voor leken, gemaakt worden. Op die manier kan immers geïnterpreteerd worden hoe de programmeur de wet heeft geïnterpreteerd.⁴⁰

Tot slot is het nodig dat als de overheid samenwerkt in ketens, zij verplicht moet worden om gezamenlijk probleemgevallen op te lossen door het verlenen van juridische en administratieve bijstand aan elkaar. Nu zijn de voordelen van de overheid om elkaars gegevens te gebruiken, de nadelen van de burgers geworden. Ook kan eraan gedacht worden de Algemene wet bestuursrecht te wijzigen door bestuursorganen in een keten gezamenlijk

verantwoordelijk te maken voor een besluit. Op die manier zou ook de bestuursrechter beter in staat zijn geschillen te beslechten. In plaats van meerdere belanghebbenden, zou de procedure dan meerdere bestuursorganen betreffen om zo recht te doen aan de nieuwe realiteit.

Over aandacht voor het onderwerp van mijn onderzoek valt niet te klagen. Zo werd de regering gevraagd te reageren op het proefschrift en aanbevelingen.⁴¹ De Afdeling advisering van de Raad van State bracht een ongevraagd advies uit over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhouding⁴² en er is een initiatiefnota ingediend van de leden Middendorp en Verhoeven: *Online identiteit en regie op persoonsgegevens*.⁴³ Het valt niet te voorspellen welke kant dit opgaat, maar wel valt aan te nemen dat ook juristen zich actiever gaan bemoeien met het reguleren van AI.

6 Conclusie

In dit artikel is besproken dat juridische beslissingen bij de overheid steeds vaker door computers worden genomen. Dit onderwerp stond centraal in mijn proefschrift *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming*. In dit artikel worden twee grote veranderingen onderscheiden die optreden bij een geautomatiseerde overheid: de menselijke juridische intelligentie is vervangen door artificiële intelligentie, en de besluiten worden gedeeld met andere bestuursorganen die met elkaar samenwerken in een keten. Vervolgens is beschreven hoe dit de uitvoeringspraktijk heeft veranderd en welke gevolgen dit heeft voor rechtsbescherming van de burger. Het artikel is afgesloten met enkele voorstellen om de rechtsbescherming te versterken en weer op een verantwoord niveau te brengen.

ArsAequi Libri

Recent verschenen



Internetrecht 2018/2019

Wet- en regelgeving op het gebied van Internetrecht zoals deze geldt op 1 september 2018:

Intellectuele eigendom
Informatiegrondrechten
Computercriminaliteit
Privaatrecht
Telecommunicatie en Internetgovernance.

ISBN 978-94-9276-641-0 | € 24,50 | 614 pagina's | Ars Aequi Libri